

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Introduction

Herveg, Jean

*Published in:*  
Droit médical au Brésil

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Herveg, J 2013, Introduction. Dans *Droit médical au Brésil: essais et réflexions sous la perspective du droit comparé*. DZ, Rio de Janeiro, p. 1-3.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## INTRODUCTION

---

Dans cet ouvrage, Eduardo Dantas a réuni six publications traduites en français, nous offrant, à chaque fois, une réflexion théorique et pratique approfondie autour de thématiques d'actualité en droit de la santé. Ces réflexions se fondent sur une connaissance précise de la réalité de la pratique médicale dans son pays, le Brésil. Elles se nourrissent, ponctuellement, de brèves incursions en droit comparé – que ce soit en droit portugais, français ou américain, ce qui enrichit d'autant plus leur contenu.

Le premier chapitre décortique de manière limpide les concepts de «consentement informé» et de «choix éclairé». Ceux-ci sont, de temps en temps, confondus mais, à tort, ainsi que le lecteur s'en apercevra nécessairement au terme du raisonnement développé par l'auteur. L'exigence d'obtenir le consentement éclairé consiste à donner au patient le pouvoir de décider de la réalisation d'un acte médical après avoir reçu toutes les informations requises pour se former une opinion en toute connaissance de cause. Le choix éclairé est le fait pour le patient de pouvoir choisir l'acte médical auquel il pourrait consentir parmi l'ensemble des autres solutions qui pourraient lui être proposées. Il peut, certes, y avoir des recoupements entre les deux concepts mais leur distinction permet d'en souligner un enseignement important: le consentement éclairé n'est pas suffisant dans la mesure où le patient ne reçoit pas une information sur les alternatives à l'acte soumis à son consentement. Il ne suffit donc pas de dire en quoi consiste l'acte médical ou ses aspects négatifs et positifs, encore faut-il indiquer et décrire au patient les alternatives possibles. C'est en cela que le consentement éclairé n'est pas élusif de toute responsabilité du médecin en l'absence de choix éclairé.

Le second chapitre porte sur une question posée en des termes judicieusement concrets ce qui permet, de nouveau, de mieux en appréhender tous les aspects: comment concevoir l'exercice du consentement informé en présence d'un analphabète fonctionnel?

Après de précieuses informations sur ce dernier concept et les trois niveaux d'alphabétisation d'une population, il apparaît évident, pour autant que de besoin, qu'une fiche d'information rédigée pour des personnes ayant un niveau d'alphabétisation complet est inefficace et partant inacceptable en présence d'un analphabète fonctionnel. Le médecin serait donc bien avisé d'adapter l'information qu'il doit fournir au degré d'alphabétisation de son patient sous peine de voir engager sa responsabilité pour défaut de consentement informé.

Le troisième chapitre se concentre sur la qualification juridique à donner aux prestations médicales (services médicaux) et sur la manière d'appréhender, en droit, le manquement du médecin à ses obligations juridiques à l'égard du patient. Ce thème existe, apparemment, dans tous les ordres juridiques même si la controverse à ce sujet semble avoir perdu de la vigueur en Europe d'autant que ce n'était pas tant la réponse qui intéressait les praticiens mais la détermination subséquente du fondement juridique de la responsabilité du médecin et de l'étendue de son obligation à réparer le dommage dont se prévalait le patient, sans préjudice des systèmes publics de réparation des dommages subis par le patient lors de l'octroi de soins de santé. Les développements sur le recours au droit de la consommation ne manquent pas de retenir l'attention, en ce compris la qualité de consommateur reconnue au patient en droit brésilien.

La responsabilité civile du chirurgien esthétique est au cœur du quatrième chapitre. Toute la question qui y est traitée est de savoir si la chirurgie esthétique non-réparatrice s'entend d'une obligation de moyen ou de résultat. L'auteur revient alors sur la définition de ces deux concepts et soutient l'idée selon laquelle il ne peut s'agir d'une obligation de résultat d'autant qu'à son sens, il serait inexact de soutenir qu'il existerait une chirurgie plastique «dépourvue de finalité thérapeutique». A raison, l'auteur revient, *in fine*, sur la nécessité d'une information préalable et adéquate du patient sur l'opération projetée.

Le cinquième chapitre se penche, avec la collaboration de Vera Lúcia Raposo, sur la procréation post-mortem en droit brésilien et en droit portugais, surtout que la question a récemment passionné la presse brésilienne (en Europe, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de se prononcer sur plusieurs aspects de cette problématique). Ici, les auteurs expliquent d'abord ce que peut recouvrir la procréation post-mortem – qui peut se réaliser par voie d'insémination, de fertilisation ou de transfert d'embryons – avant d'en

explorer les aspects juridiques aussi au regard de la jurisprudence en droit français et en droit anglais ainsi qu'au regard du droit européen et de la libre circulation des marchandises (pour le sperme, par exemple), sans omettre les questions relatives aux effets à accorder à la volonté des individus concernés par ce type de procréation. Il n'est pas surprenant de lire que ce type de procréation pose des questions singulières en matière d'établissement de la filiation et de succession.

Le sixième et dernier chapitre revient sur la question de la judiciarisation de la santé au travers de la mise en œuvre du droit d'accès aux soins et aux médicaments. En droit brésilien, la santé est un droit fondamental de l'individu ce qui implique de garantir son effectivité concrète et donc la mise en place de structures et procédures ad hoc pour atteindre cet objectif. En réponse aux dysfonctionnements du système ainsi mis en place, de nombreuses procédures judiciaires ont été introduites afin de contraindre l'Etat à respecter ses obligations en la matière, induisant un problème budgétaire. Une attention particulière est accordée à la possibilité de justifier une restriction à l'étendue des obligations de l'Etat en matière d'effectivité de l'accès aux soins et aux médicaments. L'auteur examine la manière de contenir la mise en œuvre du droit à la santé par le biais de procédures judiciaires qui n'ont pas à tenir compte des contraintes budgétaires. Il examine, à cet effet, les principes de proportionnalité et de minimum vital *versus* le principe de réserve du possible. Il aborde, dans ce contexte, la question des médicaments génériques, de la prescription de médicaments non-enregistrés et de la pertinence du traitement réclamé par le patient.

Jean HERVEG

Directeur de recherche, CRIDS, Université de Namur, Belgique

Avocat au barreau de Bruxelles